

EXCEPCIONES LEGALES AL RETORNO DEL MENOR EN LOS SUPUESTOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL

LEGAL EXCEPTIONS TO THE CHILD'S RETURN IN INTERNATIONAL ABDUCTION SITUATIONS

JOSÉ JUAN CASTELLÓ PASTOR

*Investigador postdoctoral Juan de la Cierva
Universitat Jaume I de Castellón*

Recibido: 15.01.2018 / Aceptado: 25.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4137>

Resumen: El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores prevé un sistema de excepciones legales a la restitución del menor con el objeto de respetar el principio del interés superior del menor. Estas excepciones a la restitución o retorno del menor al lugar de residencia anterior al traslado o retención ilícito a la mayor brevedad posible deben interpretarse de forma restrictiva y, por supuesto, acreditarse la concurrencia de los motivos de oposición a la restitución.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, sección 3ª, de 21 de junio de 2017 objeto de comentario aborda las excepciones legales al retorno del menor y la necesidad de acreditar los motivos alegados para acordarse la excepción. De lo contrario, como sucede en el presente litigio, procede el retorno del menor al lugar de residencia anterior al traslado ilícito.

Palabras clave: Sustracción internacional de menores, traslado ilícito, restitución inmediata, Convenio de La Haya de 1980.

Abstract: The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction provides for a system of legal exceptions to the return of the child in order to respect the principle of the best interests of the child. These exceptions to the return or return of the child to the place of residence prior to the illicit transfer as soon as possible must be interpreted restrictively and, of course, the concurrence of the grounds for opposition to the restitution must be proven.

The Judgment of the Provincial Court of Las Palmas de Gran Canaria, section 3, of June 21, 2017 object of comment deals with the legal exceptions to the return of the minor and the need to prove the alleged grounds for agreeing the exception. Otherwise, as in the present case, the minor returns to the place of residence prior to the illicit transfer.

Keywords: International child abduction, legal kidnapping, prompt return, The Hague Convention 1980.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos de la Sentencia. III. Excepciones legales a la restitución o retorno del menor. A. Determinación del consentimiento al traslado o retención. B. Integración del menor en el nuevo medio. C. Falta de ejercicio efectivo de la guarda. IV. Valoración final.

I. Introducción

1. El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, CH1980) es uno de los principales instrumentos –si cabe, el más universal– en el ámbito de la sustracción internacional de menores¹. Este instrumento gira en torno a la idea central de impulsar la restitución o retorno del menor al lugar de residencia anterior al traslado ilícito a la mayor brevedad posible, aunque la autoridad judicial o administrativa puede –en supuestos expresamente tasados– denegar la restitución del menor, pese a constatar la situación de residencia ilícita contemplada en la normativa internacional².

2. La Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, sección 3ª, de 21 de junio de 2017 objeto de comentario aborda las excepciones legales al retorno del menor y la necesidad de acreditar los motivos alegados para acordarse la excepción. De lo contrario, como sucede en el presente litigio, procede el retorno del menor al lugar de residencia anterior al traslado ilícito.

II. Hechos de la Sentencia

3. Los progenitores de José Daniel, nacido en 2013, tienen concedida la guarda compartida del menor por orden de un Tribunal londinense de fecha 2 de marzo de 2015. La madre reside en Londres (Reino Unido) con el menor; el padre en la isla de Gran Canaria.

4. En este contexto, la madre autorizó en el Consulado español en Londres el 3 de diciembre de 2015 que el menor viajara a España hasta el 31 de enero de 2016. Llegada esta fecha, el menor no fue reintegrado a su guarda en la residencia legal en Londres, sino que permaneció en España hasta que varios meses después la madre interpone una acción basada en la sustracción internacional del menor contra el padre y la abuela paterna (con quien el menor residía de hecho en ese momento), en virtud del proceso especial relativo a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional del artículo 778 *quater* y *quinquies* de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo procesal, y del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y el Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, de 27 de noviembre, del Consejo, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en lo sustantivo.

5. Los demandados se opusieron al retorno del menor alegando, en síntesis, que la madre tácitamente había consentido la residencia de su hijo en Gran Canaria (pese a que de acuerdo con la resolución

¹ En vigor desde el 1 de diciembre de 1983. En España, desde el 1 de noviembre de 1987. El número de Partes contratantes del Convenio actualmente son 98 (www.hcch.net/ última visita, 12.1.2017). Otros instrumentos de igual importancia son, a modo de ejemplo, el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, sobre reconocimiento, y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia y el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Para un estudio sobre el Convenio de la Haya de 1980, cfr., por todos, E. PÉREZ VERA, “Informe explicativo del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Publicaciones de la HCCH*, 1982 (disponible en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779> –última visita: 17.1.2018–).

² La sustracción internacional de menores ha sido ampliamente tratada por la doctrina española, *vid. ad. ex.*: C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente”, *Revista Boliviana de Derecho*, n° 20, 2015, pp. 192-213; A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Comares, Granada, 2016, pp. 543-583; J.M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 61-273; C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO, *Derecho internacional Privado*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 406-436; J. R. LIÉBANA ORTIZ, “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, n° 13, 2015, pp. 83-109; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Oviedo, 2008, pp. 27-101; I. REIG FABADO, “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, en *Revista Boliviana de Derecho*, n° 20, 2015, pp. 242-263.

judicial del Tribunal británico debía regresar a Londres el 31/1/2016) y que el niño se encontraba integrado en la isla de Gran Canaria. De forma extemporánea, en el acto de la vista, se alegó que la madre no ejercía de forma efectiva la guarda antes del traslado a Canarias. Todo ello fundamentado igualmente en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y en el Reglamento de la Unión Europea 2201/2003.

6. Sobre estos hechos y fundamentos de derecho, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria en fecha 19 de mayo de 2017 estimó la demanda, considerando que la retención del menor por el padre y la abuela paterna es ilícita, y acordó el retorno del menor con su madre a Londres.

7. La sentencia fue recurrida en apelación solo por uno de los codemandados, la representación de la abuela paterna. En fecha 21 de junio de 2017, la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, sección 3ª, confirmó íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial, en línea con el juzgador *a quo*, no apreció la concurrencia de ninguna de las excepciones legales para denegar la restitución inmediata del menor.

III. Excepciones legales a la restitución o retorno del menor

8. El CH1980 es un instrumento eficaz para la pronta resolución en conflictos derivados del traslado o la retención ilícita de un menor, y la garantía de la restitución inmediata de un menor al Estado en el que tenga su residencia habitual³.

9. Como es sabido, se reputa ilícito el traslado cuando se realice con infracción de un derecho de custodia atribuido con arreglo al Derecho del Estado en que el menor tenía su residencia antes del traslado, cuando este derecho de custodia se ejercía de forma efectiva, o se habría ejercido de no haberse producido el traslado, derecho de custodia que puede resultar atribuido por la legislación, por decisión judicial o administrativa, o por un acuerdo vigente según el Derecho del Estado en que residía el menor antes del traslado.

10. Pues bien, partiendo de la presunción legal de la restitución inmediata del menor al lugar de su residencia habitual, el CH1980 reconoce ciertas excepciones a su retorno. Así, de acuerdo con el artículo 13 CH1980, aun cuando se constate la situación de residencia ilícita, la autoridad judicial o administrativa no está obligada a ordenar la restitución del menor si quien se opone a la misma demuestra que:

“a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o

b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor”.

11. Estas excepciones legales a la restitución del menor no operan de forma automática, sino que la autoridad judicial o administrativa debe –caso por caso– ponderar todas las concretas circunstancias concurrentes para acordar el retorno del menor. En este sentido, el CH1980 concede amplia discrecional-

³ Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 16, 2002, p. 43.

lidad a la autoridad que conozca del asunto para decidir sobre la excepción planteada, si bien su decisión debe tomarse siempre en pro del superior interés del menor cuya restitución se solicita (*vid.*, a modo de ejemplo, los Autos de la Audiencia Provincial de Almería, sección 3ª, de 30 de abril de 2004, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 4 de abril de 2006 y de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2ª, de 12 de septiembre de 2008). Por otra parte, no debe olvidarse que toda excepción a la regla general debe ser objeto de interpretación restrictiva.

12. En el presente caso, recuérdese, la autoridad judicial analiza si concurre alguno de los motivos alegados para denegar la restitución del menor solicitada por la madre. En concreto, la representación que se opone a la restitución argumenta, por un lado, el consentimiento de la madre a la residencia de su hijo en Gran Canaria; por otro lado, la integración del menor en la isla y, aunque planteada extemporáneamente, también, la falta de ejercicio efectivo de la guarda –por parte de la madre– antes del traslado a Canarias del menor. A continuación se analiza cada uno de estos motivos.

A. Determinación del consentimiento al traslado o retención

13. El primero de los supuestos alegados por la representación que se opone al retorno del menor es la presencia de consentimiento tácito de la madre a la residencia del menor en España.

14. En virtud de la doctrina de los actos propios (o principio *venire contra factum proprium non potest*), la autoridad judicial o administrativa no está obligada a ordenar la solicitud de retorno en caso de que se demuestre la presencia de consentimiento –o posteriormente aceptado el traslado o retención del menor– otorgado por el progenitor que entienda vulnerado su derecho de guarda. Cabe puntualizar, además, que esta excepción legal es la que generalmente comporta mayor dificultad a la autoridad judicial o administrativa para resolver la denegación del retorno solicitado, en la medida que no es sencillo trazar la línea divisoria entre la presencia del consentimiento y la mera situación de tolerancia fáctica.

15. Pudiera parecer en principio razonable admitir la existencia de consentimiento tácito a la residencia del menor en España cuando la progenitora permanece pasiva durante más de cinco meses después de expirar el plazo de retorno del menor sin interponer la correspondiente reclamación. No obstante, la jurisprudencia considera que el consentimiento –objeto de la excepción– debe recaer sobre el traslado definitivo a un tercer país, y no para desplazamientos temporales (cfr. el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 31 de marzo de 2015), ni para la mera autorización para viajar (cfr. el auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, de 28 de junio de 2011; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 1 de octubre de 2013).

16. Por otra parte, a modo de ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 3, de 13 de marzo de 2003 aprecia que “no se da traslado ilícito por parte de la madre del menor Germán desde Argentina a esta ciudad de Palma ya que, siendo ciertamente la patria potestad compartida, el padre dio su consentimiento para su salida al extranjero en compañía de su madre por un lapso de 10 años, lo que supone autorizar no sólo la salida, como afirma el recurrente, sino también la residencia fuera de su país de origen [...]”. En este mismo sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 18 de septiembre de 2006 se opone la restitución del menor porque “[...] el traslado a Canarias de la madre y el hijo se hizo con consentimiento del padre que precisamente es el que los acompaña y lleva personalmente al aeropuerto [...]”.

17. Así pues, considerando que los motivos alegados en las excepciones no deben presumirse –sino que han de demostrarse para el éxito de la oposición al retorno del menor con su progenitora–, de la prueba practicada no se determina la existencia de un verdadero consentimiento y aceptación de la madre al cambio de residencia; mas bien se trata de una mera situación de pasiva tolerancia a esa situación de hecho producida cuando el menor no regresa.

18. En efecto, la mera situación de tolerancia viene motivada por la buena relación de la madre del menor con su ex pareja y con la madre de éste, pero el hecho de que no se denuncie la infracción de los derechos de guarda no debe entenderse como una aquiescencia al cambio de residencia del menor. La situación de pasiva tolerancia no implica la renuncia automática al derecho de guarda.

19. A este respecto la Audiencia Provincial de Las Palmas concluye acertadamente que no existe un verdadero consentimiento de la madre a la residencia del menor en la isla porque el progenitor tenía intención de trasladarse a Londres para tramitar el cambio de custodia y residencia del menor. Ello demuestra que el padre era conocedor de la situación irregular de la estancia de su hijo en la isla; máxime si se tiene en cuenta, además, que reconoce que no puede viajar con su hijo por la negativa de la madre a autorizar el permiso de viaje para el niño. En este sentido, valorada la prueba en su conjunto, no permite evidenciar al juzgador de primera y de segunda instancia la existencia del consentimiento de la madre al cambio de residencia, de ahí la acertada desestimación de esta petición.

B. Integración del menor en el nuevo medio

20. Otro de los motivos de oposición a la restitución del menor reside en demostrar su integración en la nueva residencia.

21. De la prueba practicada, nuevamente, tampoco se acredita la integración del menor en la nueva residencia. Llama poderosamente la atención del tribunal *ad quem* que el progenitor –quién ostenta los derechos de guarda junto con la madre del menor– ni siquiera apele la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que ordena la restitución del menor con su madre, sino que únicamente lo hace la abuela paterna –que carece de estos derechos de guarda–.

22. Este significativo hecho, unido al abandono del menor durante largos periodos de tiempo –causado por la drogadicción del padre–, incluso durmiendo en casas de vecinos no hace mas que confirmar la falta de integración del menor –en todos los órdenes: material, espiritual y afectivo– en el nuevo medio, por mucho que esté escolarizado u obtenga la ayuda de la abuela paterna –una ayuda que no se presta de forma continuada, solo en los últimos meses ante el descuido del padre en sus obligaciones derivadas de los derechos de guarda del menor–.

23. A la vista de ello, no resulta difícil que este argumento contra la restitución del menor corra la misma suerte que el anterior, ya que la concurrencia de las excepciones no deben presumirse, sino que han de demostrarse (como esta misma Audiencia Provincial de las Palmas, sección 3, en el Auto de 10 de marzo de 2009 señaló: “[...] el menor debe ser restituido configurándose los motivos de denegación como excepcionales por lo tanto, su concurrencia no se presume sino que ha de demostrarse); y no se hace.

24. Por su parte, la existencia de una sugerencia sobre acogimiento familiar del Servicio de Protección de Menores a favor de la abuela materna –únicamente si el mejor permaneciera en nuestro país– no es objeto de este procedimiento, pues a fin de cuentas el CH1980 no es un Convenio de custodia, sino un Convenio de restitución.

25. Así lo ha señalado el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 13 de marzo de 2012: “[...] y en este sentido cabe precisar que la resolución que ordena la restitución en ningún caso se está pronunciando sobre la guarda y custodia, sino que lo que acuerda es la devolución del menor al país donde residía habitualmente para que sean las autoridades competentes de aquel país las que en su caso resuelvan sobre la custodia. [...] *No se trata por tanto de valorar la situación actual en la que se encuentran los menores para decidir con cual de los progenitores deben convivir*, que es al parecer lo que se sostiene por el Ministerio Fiscal, *sino de determinar en primer lugar si el traslado es o no ilícito y caso de serlo si concurre alguna de las excepciones contempladas en el propio convenio*

para denegar la restitución. La decisión por tanto se limita a acordar si procede o no la restitución del menor o menores dentro del ámbito permitido en el propio convenio” (énfasis añadido).

26. Y en este mismo sentido precisa la Audiencia Provincial de Las Palmas que “si los interesados consideran que procede un cambio del régimen de guarda y de residencia en todo caso tendrán que solicitarlo en el procedimiento judicial correspondiente ante el Tribunal competente, materia que es ajena al presente procedimiento, que *sólo tiene por objeto constatar la retención ilícita, la inexistencia de excepciones a la restitución, y la implementación de las medidas necesarias para hacer efectivo el retorno a la legal residencia del menor sustraído*” (énfasis añadido).

C. Falta de ejercicio efectivo de la guarda

27. Otro de los motivos por los que la autoridad judicial o administrativa no está obligada a ordenar la restitución del menor es el no ejercicio de modo efectivo del derecho de custodia por el progenitor que reclame la restitución o retorno.

28. Se trata de una cuestión fundamental, que en el presente litigio ha sido planteada extemporáneamente y de manera formulista sin sustento fáctico-probatorio alguno. No obstante, este no ejercicio de modo efectivo del derecho de custodia por parte de la madre del menor alegado de forma extemporánea es valorado por el tribunal *ad quem* con el objeto de no perjudicar —en su caso— el superior interés del niño.

29. A este respecto, conviene tener presente que la carga de la prueba del no ejercicio efectivo de custodia corresponde a quien se opone al retorno, pues de lo contrario se convertiría en una prueba diabólica, como señala esta misma Sección de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el Auto de 10 de marzo de 2009: “[...] era la demandada la que tenía que acreditar, y no como parece señalar la sentencia de instancia, la existencia del consentimiento, no ya por cuanto la prueba de un hecho negativo se torna en diabólica sino porque es ella la que alega un hecho al que debe anudarse consecuencias jurídicas y además por su facilidad probatoria”.

30. Además, el ejercicio no efectivo del derecho de custodia comprende el período previo a la retención ilícita. Así las cosas, como se ha avanzado, no se ha demostrado que el menor no conviviera con su madre; es más todos los períodos de guarda fijados en la resolución judicial fueron respetados por la madre. Incluso en el supuesto de que la madre hubiera sido auxiliada en el cuidado de su hijo por otros familiares o terceras personas en modo alguno puede ser entendido como no ejercicio no efectivo del derecho de custodia (cfr. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 15 de enero de 2008).

IV. Valoración final

31. Los conflictos derivados de los derechos de guarda y custodia de un menor desafortunadamente han tomado carta de naturaleza en nuestra sociedad. Estos conflictos se ven agravados, más aún, en caso de que los progenitores residan en países distintos y el menor continuamente se traslade de un Estado a otro para disfrutar de ellos.

32. En caso de que se produzca un traslado o una retención ilícitos en el contexto *internacional* —como en el litigio analizado—, el Convenio de la Haya de 1980 parte de la presunción legal de que el superior interés del menor consiste en su restitución o retorno al país de su residencia habitual a la mayor brevedad posible. Ahora bien, este instrumento aborda al mismo tiempo un sistema de excepciones legales a su regla general de la inmediata restitución, concediéndose a la autoridad judicial o administrativa amplia discrecionalidad —que no arbitrariedad— en su decisión.

33. La valoración de la sentencia objeto de comentario es positiva, pues desestima el recurso en línea con la doctrina jurisprudencial sobre las excepciones legales al retorno del menor (que deben interpretarse restrictivamente y probarse todos sus extremos para que la autoridad judicial o administrativa se oponga a la mencionada restitución).

34. Si bien, a este respecto, uno de los aspectos más controvertidos del litigio es el consentimiento tácito de la madre a la residencia del menor en España —alegado por quien se opone a la restitución— y cómo acertadamente concluye la Audiencia Provincial —en línea con el juzgador *a quo*— que el hecho de que la madre no haya reclamado a su hijo con anterioridad no implica un consentimiento tácito sino que es una mera situación de pasiva tolerancia fáctica —pues la prueba practicada no permite evidenciar tal consentimiento—. La línea divisoria entre el consentimiento tácito y la mera situación de pasiva tolerancia fáctica no es, a mi juicio, fácil de trazar y la Audiencia Provincial la traza con éxito.